

論文

マスコミ規制における司法権の役割について

～“司法消極主義から司法積極主義へ”の提言

藤井正希*

1. はじめに

いわゆるマスコミ（テレビ、新聞、ラジオなど）がもたらす人権侵害等の社会的弊害を除去するためには、どのようにマスコミを規制したらいいのであろうか。この点、マスコミによる人権侵害から人びとを救済する方法としては、①国会の立法による方法（立法的対応）、②通達や行政指導等の行政行為による方法（行政的対応）、③裁判所による司法的救済による方法（司法的対応）、④マスコミ業界による自主規制等の自助努力による方法（業界的対応）等が考えられる。本稿では、このうちの司法的対応に焦点をあて、主として憲法学の観点から、マスコミによる人権侵害から人びとを救済するために裁判所を積極的に活用する手段を検討していく。そして、それを踏まえ、立法的対応として、国会が為すべき具体的立法の一例を素描してみたい。

裁判所による司法的対応は、具体的には、請求の名宛人（すなわち被告）を誰にするかにより、⑦人権侵害を行ったマスコミ自身を相手方とする方法と、⑧マスコミによる人権侵害を漫然と放置した国家を相手方とする方法との二つ

に分かれる。この場合、国家に対して何らかの義務や責任を負わせることができれば、迅速かつ効果的な救済が実現しうる。しかし、「司法権」（憲法76条1項）の概念は、判例・通説によればいわゆる司法消極主義を前提としており、以下に見るように裁判所の活動範囲は大きく制限されている。そもそも裁判所、とりわけ最高裁判所は、“人権保障の最後の砦”あるいは“憲法の番人”と称せられ、人権保障に対して大きな役割を果たすことが期待されている。とするならば、いわゆる司法積極主義を採用し、マスコミの人権侵害に対しても、より積極的な司法的対応を採るべきではなからうか。かかる法哲学を象徴する評言としての“司法消極主義から司法積極主義へ”が本稿を貫くキーワードとなる⁽¹⁾。

具体的には、①従来、法理論的には認められてはいたものの、判例上ほとんど肯定されることのなかった立法不作為に対する国家賠償請求訴訟を積極化することや、また、法理論的には否定されることの多かったいわゆる立法不作為違憲確認訴訟や立法義務付訴訟等の新しい訴訟類型を憲法上、承認し、活用することができないかを検討する。これらは、「司法権」（憲法76

*早稲田大学大学院社会科学部2008年博士後期課程満期退学

条1項)の概念を如何に解するかという点に関わる問題と言える。司法積極主義を前提にその概念の再構成を試みたいと考える。そして、司法積極主義を前提にした司法権概念の下で、②憲法21条1項からいわゆる反論権を肯定し、マスコミ規制の一手段とすることの可能性、および、その場合の国会が為すべき反論権法の具体的内容について検討していく。以上の諸問題が本論文の主要論点となる。

2. マスコミ規制についての伝統的議論 および現代的議論

伝統的な議論は、マスコミを新聞・雑誌等の印刷メディアとテレビ・ラジオ等の放送メディアとに大きく二分して考えてきた(いわゆる印刷と放送の二元的構図)。すなわち、印刷メディアには、いわゆるミニコミ誌のように誰でも安価かつ容易に発行するという①安価性・容易性がある。これは、現在のマスコミの嚆矢たる江戸時代の瓦版(新聞の原型)以来の印刷メディア第一の特質といえる。また、情報が紙という物理的媒体上に永続性を持つ文字で論理的に表現されて伝達されることから、②永続性・論理性がある。これに対して、放送メディアには、限りある公共の電波を利用することから、①有限性という印刷メディアにない特質がある⁽²⁾。また、映像を通じて視覚や聴覚に直接、訴えかけるものだけに、印刷メディアとは比較にならないほど強い②衝撃性・社会的影響力がある。学説は、それぞれのメディアが持つこのような特質に配慮しつつ、あるべきマスコミ規制を模索してきた。

この点、具体的なマスコミ規制としては、いわゆる「公正原則(公平原則)」の導入の是非

が最大のテーマであった。この点、放送メディアについては、電波の有限性から、電波法において、免許制とされ(電波法4条以下)、また、強い衝撃性・社会的影響力から、放送法において、公正原則(公平原則)が採用されている。すなわち、放送法3条の2第1項は、番組編集にあたって遵守すべき事項として、公安および善良な風俗を害しないこと(1号)、政治的に公平であること(2号)、報道は事実をまげないですること(3号)、意見が対立している問題についてはできるだけ多くの角度から論点を明らかにすること(4号)を掲げている。このうち、2号と4号の2つの要請が、公平原則(公正原則)と呼ばれているものである[松井2002:465]。これに対して、印刷メディアについては、かかる公正原則(公平原則)は現行法上、規定されていない。この相違は、前述したメディアが持つ特質の違いに基づくものと考えられる。この原則とその実効可能性に関しては、膨大な研究が蓄積されており、未だ定説はない⁽³⁾。しかし、そもそも報道すべき事実の選択は、厳密な意味では決して「公平・中立」に行なわれうるものではなく、常に特定の評価枠組みを前提としてしか成り立たない。その意味では真に「公平・中立」な報道などありえない。かかる観点からして、マスコミに法的に公平原則(公正原則)を義務付けることはできず、せいぜい倫理的・訓示的規定として認めうるに止まるというのが現在の通説の見解といえよう。法的には、表現の自由(憲法21条1項)の重要性がその見解の最大の根拠となる⁽⁴⁾。

総じて、マスコミの持つ報道機能を中心とする社会的有用性や表現の自由の重要性等に鑑み、マスコミを規制すること(とりわけ法的な

規制)は出来る限り回避すべきであると考えるのが世界の先進諸国共通の傾向であったといえる。その傾向は日本において特に顕著であり、日本ではマスコミに対する法的規制は極めて少なかった。現状では、確かに放送メディアについては、前述のごとく、電波法において免許制が、また、放送法において公正原則(公平原則)が採用され、さらに、これら以外にも、電気通信事業法等に制限規定が散在しており、他のメディアと較べて規制は多い。しかし、印刷メディアについては、新聞につき、商法の特別法である日刊新聞紙の発行を目的とする株式会社の株式の譲渡の制限等に関する法律が存在する程度であり、ほとんど規制は存在しない。このように、マスコミに対する法的規制は、他国と較べて少ない。他方、これに対して、総務省等の「行政指導による規制」⁽⁵⁾、および業界団体等のいわゆる「倫理規制(自主規制)」(例、新聞倫理綱領)⁽⁶⁾が広汎に行われており、これらの非法的規制が、時には事実上、法的規制以上の強い統制力を持っている。このように、法的規制が少ないのに対して、非法的規制が広汎に行われるのが、日本の特色と言える[榎原1996: 24-29]。

さらに、現代社会においては、インターネットのWorld Wide Web(世界中に張り巡らされた蜘蛛の巣)の進展により、新しいマスコミ、すなわちパソコン・携帯電話等の通信メディアが出現した(いわゆるマスコミの多様化)。よって、マスコミは、①印刷メディア、②放送メディア、③通信メディアの三つに大別されることになったが、放送メディアと通信メディアとは、次第に近づき、一体化する傾向にある。これが、いわゆる“放送と通信の融合現象”⁽⁷⁾

であり、現代のマスコミを語る上でのキーワードとなっている。そして、放送メディアと通信メディアは、前述のごとく、印刷メディアと違い、映像を通じて視覚や聴覚に直接、訴えかけるものだけにより強い衝撃性があり、社会的影響力は大きい。また、全世界に即時的伝達が可能であるという同時速報性もある。放送と通信の融合現象の下、放送メディアと通信メディアとを統一的・一体的に捉え、両者の活動を適正かつ十全ならしめる理論の確立が現代的課題となっている⁽⁸⁾。

3. マスコミ規制の必要性

マスコミが果たしている具体的機能としては、①様々なニュースを私たちに届けてくれる報道の機能、②歴史や文学等、雑多な知識を私たちに教えてくれる教育の機能、③どれが良い商品かを伝えてくれる宣伝の機能、④芸能、スポーツ等、私たちを楽しませてくれる娯楽の機能など、色々な機能が挙げられる[春原・武市2006: 119]。その中で最も基本的かつ重要なのは、言うまでもなく報道の機能であろう。この点、最高裁もいわゆる博多駅テレビ・フィルム提出命令事件(最高裁1969[昭和44]年11月26日大法廷決定)において、報道の重要性につき、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである。したがって、思想の表明の自由とらんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障のもとにあることはいうまでもない」と判示している。さらに、マスコミの具体的機能としては、次の二つに注目する必要がある。まず、⑤権力の批判者としての

機能である。言い換えれば、アメリカ憲法の起草者であるトーマス・ジェファースンの「新聞は政府の検閲官として奉仕すべきである」という言葉に明らかなように、政府の検閲者としての役割である [清水 1979: 36, 44]。これを、権力批判のための“番犬”機能と表現している論者もいる [駒村 2001: 53]。時の権力を監視し、その不正を白日の下にさらすことにより正すことも、マスコミの重要な機能なのである。この機能こそ、国民がマスコミに対して最も期待する機能であるとさえ言えよう。例えば、1974(昭和49)年、一ジャーナリストの某雑誌に掲載された田中角栄首相(当時)の金脈についての論文が田中内閣退陣のきっかけとなった事例が、かかる機能が最大限に発揮された象徴的ケースと言える。また、⑥社会の木鐸としての機能がある。すなわち、国民に警告を発し、国民を教導する役割である。この点、アメリカの学者ハロルド・ラスウェルは、すでに1949(昭和24)年の論文において、マスコミの社会的機能として“環境の監視”ということを挙げていた。マスコミは、社会の変化に対して人々が早期に適応できるように警告を発したり、また、人々が決断するのに必要な知識を与える働きをするのである [春原・武市2006: 119-120]。例えば、マスコミが、いわゆる振り込め詐欺について、その手口等を大々的に報道することにより、人々は学習し、詐欺の被害者になることを回避するのである。このようにマスコミには、権力を監視するのみならず、社会環境を監視する機能もあるのである。以上に見てきたように、マスコミには様々な機能があり、その社会的有用性は否定するべくもなく、また、表現の自由の重要性からしても、マスコミを安易に規制するこ

とは許されないのは言うまでもない。

しかし、その一方で、情報を独占した巨大マスコミは、社会的公器を標榜する権威となり、著しい社会的権力を行使しうようになった。このような権力化した巨大マスコミがもたらす社会的弊害の例としては、まず、①いわゆる報道被害が挙げられる。満足な取材もせず予断や推測で記事を書いたり、あるいは警察発表をなんの検証もせず、そのまま鵜呑みにして報道する。さらに、時には、発行部数や視聴率をアップさせるため、故意に虚偽や誇張で偽装された記事を流す。マスコミの報道により、マスコミ自身が“真犯人”を作り出す。私たちは、マスコミがもたらす情報が正しいものかどうか検証する手段を持たず、マスコミが持つ権威性を信じ、マスコミの報道を何の疑いもなく受け容れてしまう。そしてそれにより、報道により真犯人と名指しされた無辜の市民は、何ら公的に弁解の機会も与えられずに、社会から犯人扱いされ、社会的制裁として嫌がらせを受け、さらに失業、一家離散、果ては自殺などにまで追い込まれることになってしまう。例えば、1994(平成6)年に発生したいわゆる松本サリン事件で、マスコミに真犯人であるかの様に報道され、社会から抹殺されかけた河野義行氏の事例は、その典型例とすることができよう。また、②いわゆる恣意的操作報道も挙げられる。例えば、英語には、“メディア・イベント(media event)”という言葉があり、マスコミによって仕組まれた事件や報道を意味するという。これは日本語における“やらせ”に相当する言葉と言えよう [保岡 2002: 150]。マスコミのやらせ報道、すなわち事実がある意図の下、恣意的に操作して報道すること(恣意的操作報道)は、まさに各

国共通の問題なのである。情報を独占したマスコミが、自分の持つ情報を操作し、自分の好む世論を主導的に形成することが可能となってきたのである。そこにおいて、マスコミは、時には自己の好まざる内閣を打倒しうるほどの政治的権力さえ持ちうることになる。この場合も、私たちは、情報の正しさを検証する手段を持たず、その権威性から、報道された情報を受け容れてしまう。例えば、日本においても、いわゆる椿発言問題において恣意的操作報道の危険性が現実のものとなった。これは、1993（平成5）年に開催された民放連の放送番組調査会にゲスト・スピーカーとして招待されたテレビ朝日の椿貞良報道局長（当時）が、その夏の衆議院議員選挙⁽⁹⁾の報道をふりかえり、選挙活動期間中に報道局長としてニュース報道を通じて、「連立政権の発足を目指して非自民政権をバック・アップするように指示した」という趣旨の発言をしたものである。この問題は国会でも取り上げられ、ついには自民党からの提案により、椿局長の国会における証人喚問にまで発展することになった〔春原・武市 2006: 157〕。これが中立・公平を謳う大マスコミの報道局長の発言とはにわかに信じ難く、マスコミによる恣意的情報操作の危険性を痛感させられる出来事である。このような恣意的操作報道にしろ、前述の報道被害にしろ、情報を独占した巨大マスコミが権力化し、国民の立場から乖離したことが最大の原因であると言えよう。

巨大マスコミのかかる報道被害や恣意的操作報道を防止するためには、巨大マスコミの報道内容を何らかの形でチェックする機会が必要となろう。巨大マスコミが政府の検閲者・権力批判のための番犬として国民の味方であるうちは

いいが、何らその保証はない。巨大マスコミが何時の間にか権力の側に立っているということはないのか⁽¹⁰⁾。近時のいわゆる記者クラブの弊害の問題を見聞するにつき、筆者はその危険性を痛感する⁽¹¹⁾。やはり、国民個々人の基本的人権を十分に保障するためには、巨大マスコミの表現の自由に対して、ある程度の法的規制は必要であろう。しかし、巨大マスコミは、法的には一私人に過ぎないゆえ、何ら国民による民主的コントロールを受けることはない。それどころか、表現の自由を盾に一切の外部的干渉を排除しようとする。また、巨大マスコミが国民の基本的人権を抑圧する側に立った場合、巨大マスコミは社会の公器、社会の木鐸として“社会的正義”の衣装を身に着けているだけに、何人も異議を唱えにくく、その有する権威性から、行為が正当化され易い。これが、“マスコミの第四権力化”と言われる問題の核心なのである。

この点、マスコミ規制の必要性を説得的に論証するためには、何よりも憲法論として構成することが是非とも必要となる。なぜならば、憲法は国の最高法規であり（憲法98条1項）、国家の根本法だからである。また、マスコミ規制が、法的には私人であるマスコミの表現の自由（憲法21条1項）や営業の自由（憲法22条1項）等の基本的人権の制約を伴う以上、人権カタログたる憲法との整合性の検討は必要不可欠であろう。この点、前述の如く、マスコミにより報道被害等の基本的人権の侵害が発生しており、かかる事態が漫然と放置されるならば、もはや個人の尊厳（憲法13条前段）はありえず、憲法の大原則たる基本的人権尊重主義（憲法11条、97条）に反する。また、マスコミによる恣意的

操作報道による情報操作を許せば、民意に基づく政治を内実とする民主主義（憲法前文、41条）は形骸化の一途を辿ることになり、憲法の大原則たる三権分立の制度（憲法41条、65条、76条）の十全な実現にとって大きな脅威となりかねない。筆者は、以上からして、早急に適正かつ効果的なマスコミ規制が法的に必要であると考え

4. 司法積極主義への道

司法権による効果的なマスコミ規制のためには、司法権の基本理念を“司法消極主義から司法積極主義へ”と転換することが是非とも必要となる。司法消極主義を前提とする限り、考える司法権によるマスコミ規制の手段は極めて限定されてしまう。例えば、司法積極主義を採用しない限り、マスコミ規制を立法しないことの立法不作為違憲確認訴訟やマスコミ規制立法を義務付ける立法義務付訴訟等は考えられないであろう。しかし、最高裁は依然として司法消極主義的立場に固執している。この点、最高裁の司法消極主義的立場を如実に示す判例としては、以下の諸判例を挙げることができる。いずれも、判例変更されず、リーディング・ケースとして、現在でも命脈を保っている判例である。まず、①朝日訴訟（最高裁1967〔昭和42〕年5月24日大法廷判決）が挙げられる。生活保護を受給していた原告は、当時の生活保護法に基づき厚生大臣が定めた保護基準が、憲法および生活保護法の規定する「健康で文化的な最低限度の生活」を維持するのに足りない違法なものであると主張して、厚生大臣の却下裁決の取消を求めて行政訴訟を提起した。これに対して、最高裁は、憲法25条1項は「すべての国民

が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して具体的権利を賦与したものではない」（いわゆるプログラム規定説）旨、判示し、原告の請求を否定した。また、②議員定数不均衡訴訟（最高裁1976〔昭和51〕年4月14日大法廷判決）が挙げられる。有権者たる原告は、衆議院議員選挙における各選挙区間の議員一人あたりの有権者分布比率の憲法14条1項違反を主張し、具体的には、公職選挙法204条に基づく選挙無効訴訟として、選挙管理委員会に対し、当該衆議院議員選挙の無効を求めた。これに対して、最高裁は、「合理的に是認することができない投票価値の不平等が存するときは、憲法の右規定の違反となる」としつつも、「違法な場合であっても、それを理由として選挙を無効とする判決をすることによって直ちに違憲状態が是正されるわけではなく、かえって憲法の所期するところに必ずしも適合しない結果を生ずる事情があるとき」に該当するとして、選挙自体は違法としたものの、いわゆる事情判決の法理（行政事件訴訟法31条）を採用し、結果としては原告の請求を棄却した。さらに、③在宅投票制度廃止事件最高裁判決（1985〔昭和60〕年11月21日）が挙げられる。寝たきりの状態にあった原告は、旧公職選挙法が採用していた在宅投票制度を利用して選挙権（憲法15条1項）を行使していたが、国は同制度を悪用の多発を理由に廃止してしまった。そのため、原告はその後の選挙で選挙権を行使することができなかった。そこで原告は、身体上の損傷を原因として選挙権につき不当な差別を受け、国の違憲行為により精神的苦痛を被ったとして、国家賠償法1条1項を根

拠に、国家賠償を請求した。これに対して、最高裁は、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない」旨、判示し、原告の国家賠償請求を否定した⁽¹²⁾。

判例①では大臣の行政行為について、また、判例②・③では国会の立法行為について、司法判断をするにあたり、裁判所が政治部門の判断を尊重して判決した事案といえる。いずれの事案も、結果的に原告の請求は棄却され、原告は全く救済されていない。最高裁は、もちろん「司法消極主義」という文言は一切、使用してはいないが、その思想の根本には、司法判断をするにあたっては政治部門の判断をできる限り尊重しようという哲学が横たわっていることは明らかであろう。しかし、かかる結論は、人権侵害の状態が漫然と放置されてしまっていると言わざるを得ないであろう。この点、いわゆる司法積極主義の立場からすれば、より積極的な司法的対応が必要となる。例えば、判例①では大臣が保護基準を引き上げないことの行政不作為違憲確認訴訟の肯定、判例②では国会が議員定数を是正する立法義務付訴訟の肯定、また、判例③では国会が在宅投票制度を復活させない立法不作為につき国家賠償法を根拠とする国への損害賠償請求の肯定などが考えられる。

確かに、裁判所が司法判断をするにあたり政治部門の判断をできる限り尊重すべきであることは、政治部門が政治判断をするにあたり裁判所の判断をできる限り尊重すべきであることと同程度に妥当性を有することである。よっ

て、一般論としてはかかる立場に誤りはなからう。しかし、日本の裁判所は、かかる立場を過度に強調し、自らの権限不行使を正当化する根拠として、司法消極主義を利用している感がある。そして、その結果として、前述したように人権侵害が放置される事態となっている。この点、司法消極主義の根拠としては、通常、次の諸点が挙げられている。すなわち、まず①三権分立の原理（憲法41条、65条、76条）。また、②裁判官は公選されず、裁判所は非民主的機関である。そして、③裁判所が政治的紛争に巻き込まれ、司法の政治化を招く⁽¹³⁾。さらに、④裁判所は本来的に受動的機関であり、資料収集能力に限界がある。加えて、⑤判決の実現が不可能な場合、かえって司法の不信を招く等である〔大沢 2008: 757-760〕。それでは、かかる根拠は果たして本当に妥当であろうか。筆者は、それらに反論することは決して不可能ではないと考える。すなわち、まず根拠①については、三権分立の原則の要諦は、三権の抑制と均衡（チェック・アンド・バランス）にあるのだから、同原則から司法消極主義を導くことは背理である。立法権（国会）、行政権（内閣）、司法権（裁判所）が相互にチェックして牽制し合いながら、バランスを取ることで、権力の濫用を防止し、国民の権利・自由を保護しようというのが三権分立の原則なのである。とするならば、裁判所の政治部門に対する憲法的チェックを強化したとしても、それに伴い、政治部門の裁判所に対する民主的チェックがより十全に確保されれば何ら問題はないはずである。また、根拠②については、最高裁裁判官の国民審査制度（憲法79条2項）、内閣の最高裁長官指名権（憲法6条2項）や下級裁判所裁判

官任命権（憲法80条1項）等の積極的活用を図ることにより、また、導入が決定している裁判員制度（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律）や裁判の公開原則（憲法82条）を充実させることにより、裁判所を民主化することは可能であるし、むしろそれを推進することが憲法の要請とさえ言えよう。そして、根拠③については、憲法は政治のしくみを定める法だから、本来的に政治性が不可避である。すべての憲法問題は、多かれ少なかれ政治と関わらざるをえない。司法の政治化を必要以上に恐れるべきではない。さらに、根拠④については、裁判所は訴えの提起を待って活動するのだから、その意味では受動的機関であることは確かである。しかし、いったん訴訟係属が生じたならば、紛争解決のために積極的に活動することは、そのことと何ら矛盾しない。また、資料収集能力の欠如は、裁判官・裁判所調査官・裁判所事務官の増員、法曹三者（裁判官・検察官・弁護士）の協働等で解決できる問題である。加えて、根拠⑤については、例えば国会が判決を無視するなどして判決の実現が結果的に不可能となったとしても、かかる国会の判決無視は、必ずや国民の激しい批判を巻き起こし、一定の政治的効果は果たしうる。それが必ずしも司法の不信につながる訳ではない。思うに、①憲法が採用している「法の支配」の原理（憲法11条、31条、76条、81条、97条、98条1項）、②最高裁判所の“人権保障の最後の砦”あるいは“憲法の番人”としての役割、③民主主義（“投票箱と民主政の過程”）が機能不全に陥っているという現実に鑑み、日本の裁判所も、司法積極主義の立場へと一歩を踏み出すべきであると考えらる。

5. 司法積極主義からの「司法権」概念の再構成

1. 従来通説・判例の議論

従来通説・判例は、日本国憲法における「司法権」（76条1項）、および、これを受けた裁判所法における「法律上の争訟」（3条1項）の概念を、「具体的な争訟事件について、法を適用し、宣言することによって、これを解決する国家作用」と解してきた〔清宮1979: 335〕。この点、判例としては、警察予備隊違憲訴訟最高裁大法廷判決（1952〔昭和27〕年10月8日）や創価学会「板まんだら」事件最高裁判決（1981〔昭和56〕年4月7日）がかかる見解を前提にしているものと解されるし、また、東京地裁1954（昭和29）年11月10日判決は、端的に「司法権とは、当事者間に具体的な権利義務の紛争が存する場合に、法を適用実現して、紛争を解決する国家作用である」旨、明示している。そして、その根拠としては、通常、①日本国憲法の司法権がアメリカ合衆国流のものであるという歴史的・沿革的理由と、②具体的紛争の当事者がそれぞれ自己の権利・義務をめぐって理を尽くして真剣に争うことを前提に、公平な裁判所がそれに依拠して行なう法原理的決定に当事者が拘束されるという司法の構造（いわゆる裁判所の法原理機関性）を担保するという理論的理由の二つが挙げられている〔佐藤1995: 294-295〕⁽¹⁴⁾。さらに、通説・判例は、かかる司法権概念を前提に、「司法権」および「法律上の争訟」の要件（いわゆる「事件性の要件」）として、⑦当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否に関する紛争であること、および、⑧法律の適用により終局的に解決

できることの二要件を導いている [兼子・竹下 1978: 71]。このように、通説・判例は、司法権の概念を狭く限定し、憲法を直接の根拠とする国への給付請求や損害賠償請求、立法不作為違憲確認訴訟、立法義務付訴訟を司法権の範囲外とするのはもちろん、国賠法上の損害賠償請求でさえ、極めて限定してしか認めてはいない。ただし、通説・判例は、裁判所が独占的に司法権を行使するということが、裁判所が本来的司法権以外の権能を行使してはならないことを必ずしも意味するものではないとする。そして、裁判所法3条1項は、「その他法律において特に定める権限」を裁判所に附与しうることを明文で認めているとして、いわゆる客観訴訟を肯定している [佐藤 1995: 298-299]。しかし、通説・判例は、このように司法権ならざる権限として、客観訴訟を法律で裁判所に認めてはいないが、それ以上の権限付与が国会の立法でなされる兆しは見られない。この点、通説・判例の特徴は、まず、①司法権に含まれるか否かを判断した後、それが否定された場合に、②司法権ならざる権限として裁判所に認めうるか否かを判断するという二段階の思考枠組を採用している点である。その際、①司法権として裁判所に認められる範囲も、②司法権ならざる権限として裁判所に認められる範囲も、極めて限定している。そのため、結果として、原告の請求は棄却され、人権侵害的状況の放置につながっていることは前述した判例の事案で見た通りである⁽¹⁵⁾。

2. 新しい司法権概念の提唱

かかる通説・判例の“ダブル・スタンダード”による思考方法は、迂遠であり思考経済に

反するとともに、人権保障にももともとと言わざるをえない。司法積極主義の立場からして、①憲法を直接の根拠とする国への給付請求や損害賠償請求、②立法不作為違憲確認訴訟、③立法義務付訴訟、④客観訴訟などを全て包摂した司法権概念を構築すべきである。そうすることにより、基準の一元化が図られ、思考経済に資するし、また、人権保障に役立つと考える。そもそも通説・判例が司法権の概念を前述のように捉える理由として、日本国憲法の司法権がアメリカ合衆国流のものであるという歴史的経緯を踏まえた認識が挙げられることは既に述べた。例えば、フランスやドイツなどのヨーロッパ大陸諸国では、司法権の概念に行政事件の裁判権は包摂されないのに対して、アメリカやイギリスなどの英米諸国では包摂される。この相違は、フランスやドイツなどでは裁判官が司法権を盾に国民の人権を侵害する側に立ったのに対して、アメリカやイギリスなどでは裁判官が法の支配の実現に大きな役割を果たしたという歴史的事実に基づく。そして、アメリカ憲法を継受した日本国憲法における司法権の概念もまた行政事件の裁判権を含むとされている。このように、司法権の概念が国により時代により異なる歴史的なものであることは、否定しえない事実なのである。とするならば、司法権概念が時代の進展とともに、時代の変化、要求に応じて変化していくと考えることも不可能ではないはずである（いわゆる司法権概念の可変性）。この点、松井茂記が、日本の司法権をアメリカ型だと考えても、必ずしもアメリカと全く同じである必要はないという見解もありうるとして、①基本的人権規定を主観的権利規定であると同時に客観的法原則であると捉え、基本的人権規定

に違反する政府の行為に対しては誰でも訴訟を起こせるとする学説や、②いわゆる事件性の要件を必要と考えながらも、それは事件をきっかけにするという程度の緩やかな意味においてにとどまるとする学説、あるいは、③憲法81条はドイツの連邦憲法裁判所としての役割を最高裁判所に与えたのであり、少なくとも憲法訴訟に関しては事件性の要件はそもそも不要であるという学説等を紹介しているが、大いに注目に値する [松井 2002: 238-239]。

また、アメリカでは、「実体法」、「手続法」と並んで、「救済法」という独自の法領域があり、裁判所の独特の創造的活動のあり方が問題になっている。日本では、かかる「救済法」という発想は稀薄だが、「救済法」的観点も取り込んで実質的に司法権概念を構成することが裁判所の権利救済に資する。すなわち、両当事者を真に納得・満足させ、紛争を適正かつ迅速に解決するためには、両当事者に然るべき救済手段を与えることもまた司法権の内実をなすと考えべきである [佐藤 1995: 299-300]。その際の条文解釈としては、司法権（憲法76条）には紛争解決に必要な限度で適切な救済を行なう権限が含まれ、また、裁判を受ける権利（憲法32条）にも裁判によって実効的救済を受ける権利が含まれると解すべきである [松井 2002: 241-242]。

とするならば、「司法権」（憲法）および「法律上の争訟」（裁判所法）の概念としては、「一般的な争訟事件について、法を適用し、宣言することによって、これを解決する国家作用」であれば足りると解し、「司法権」および「法律上の争訟」の要件（すなわち「事件性の要件」）としては、①立法権そのもの、行政権そのもの

ではないこと、②当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否に関する紛争であることまでは必要なく、裁判による法原理的決定の形態になじみやすいものであれば足りること、③決定には判断としての終局性が保障されていること、④たとえ法律の適用により終局的に解決できなくとも、判決が問題解決に一定の政治的・社会的効果があること、⑤紛争解決に必要な限度で適切な救済を行なう権限も含まれること等を考えていくべきであると解する。よって、⑦憲法を直接の根拠とする国への給付請求や損害賠償請求、④立法不作為違憲確認訴訟、⑤立法義務付訴訟、⑥客観訴訟等は全て司法権の範囲内となる。また、国賠法上の損害賠償請求権の積極的活用がかかる司法権の趣旨に沿うことになる⁽¹⁶⁾。

ただし、国家に違憲的行為があった場合に、憲法を直接の根拠とする国への損害賠償請求や立法義務付訴訟等を肯定したとしても、常に請求が認容されて賠償金を受領できるとか、立法義務付判決が下されるという結論にはならないことは言うまでもない。訴訟の一類型として肯定することと、提起された訴訟をどこまで認容するかは別個の問題だからである。この点、裁判所は、人権保障を第一義に考えながらも、法政策を含めた諸般の事情を勘案しつつ、どこまで認容するかを判断することになろう。筆者が主張したいのは、それが憲法を直接の根拠とする国への損害賠償請求だからといって、あるいは、立法義務付訴訟だからといって、ただそれだけを理由にして訴訟を門前払い（すなわち訴訟却下判決）する必要はなく、実体審理を行うべきだということである。訴訟の間口はできるだけ広げ、裁判所の事件解決のルールに乗

せ、裁判という公開の場での公権的事件解決の道を可及的に広く保障するのが人権保障に資する⁽¹⁷⁾。確かに、かかる新しい訴訟類型を認めたとしても、それが認容されるのは、まさに容易に想定し難いような極限的な事例に限られるかもしれない。しかし、かかる訴訟の存在自体が人権保障に及ぼすプラスの効果は、決して小さくはないであろうと考える。

6. マスコミの人権侵害への積極的対応

確かに、マスコミの行為により、名誉権やプライバシー権、私生活の平穩（憲法13条）や知る権利（憲法21条1項）などを侵害された個人は、民法を根拠に、当該マスコミ自身に対して、①損害賠償請求（709条）や②謝罪広告の掲載請求（723条「名誉を回復するのに適当な処分」）をすることができる。しかし、加害者が複数のマスコミである場合には、それぞれに対して請求を立てなければならず煩雑であるし、立証の困難性の問題もある。そもそも一般人にとっては、訴訟を提起し、遂行すること自体、経済的にも精神的にも時間的にも、多大な負担を伴うものである。また、個々のマスコミの資力の問題も避けられない。さらに、侵害行為が繰り返されるおそれがある場合には、民法による個別的救済では、場当たりの解決にしかならないであろう。マスコミによる人権侵害から真に人びとを救済するためには、国家に対して何らかの責任を負わせたり、あるいは、国家に対して何らかの行為を義務付けることが是非とも必要となる。それこそが、マスコミによる人権侵害を終局的に解決するための最も効果的な手段と言えよう。

そこで、まず、マスコミが報道により個人の

名誉権やプライバシー権（憲法13条）、生存権（憲法25条）を侵害したり、また、メディア・スクラム（集団的過熱取材）により私生活の平穩や精神の静謐（憲法13条）を害したり、さらには、情報操作により国民の表現の自由や知る権利（憲法21条1項）を侵害したりした場合には、それらを拱手傍観、漫然放置した国家に対して、③立法不作為の違憲・違法を理由に、国家賠償法上の損害賠償請求を為しうる（国家賠償法1条1項）。また、国家賠償法の要件を充足しない場合にも、④憲法13条や21条1項を直接の根拠とする損害賠償請求をすることが考えられる。さらに、国家に対して、⑤憲法13条や21条1項を根拠に立法不作為違憲確認訴訟の提起を認めることも考えられるかもしれない。しかし、立法不作為違憲確認訴訟には、少なくとも憲法上の立法義務が存在し、また、その内容が明確でなければならない。すなわち、立法不作為の違憲を主張する場合、当然あるべき立法のイメージがあって、立法不作為という議論が成り立つのである。この点、憲法の要求するマスコミ規制法の内容は不明確と言わざるをえない。そこで、裁判所が国会に対する⑥立法義務付訴訟を認め、マスコミを規制する法律の制定を国会に義務付ける立法義務付判決を下すことが考えられる。もし可能ならば、これにより、損害賠償請求のように個別的・一回的な解決ではなく、根本的・将来的な解決が図りうるし、法律の不備や国会の怠慢に基づく人権侵害の是正にとって、大きな役割を果しうるであろう。ただし、立法義務付判決は国会に与える影響が甚大であることから、立法義務付判決を下す場合の要件は厳格でなければならない。この場合、マスコミのいかなる人権侵害がかかる立法

義務付判決の対象となりうるかは難しい判断ではあるが、例えば、マスコミが野党についての虚偽の不利情報を一方的に流し、国民の知る権利が侵害されているのが明白であるにもかかわらず、国（与党）がそれを知りつつ長期的・恒常的に放置していた場合、それを規制することを国会に義務付けるために、立法義務付判決を活用することが考えられるのではないか。

7. マスコミ規制の一手段としての反論権法

筆者は、あるべきマスコミ規制法の一例として、いわゆる反論権法を考えている。すなわち、憲法21条1項の表現の自由から、いわゆる反論権を肯定し、マスコミ規制の一手段として活用するのである。ここに言う反論権とは、広義の反論権、すなわちマスコミで自己の名誉等につき批判・攻撃された場合、名誉毀損を前提とせず、反論文の掲載ないし反論の機会の提供を請求する権利を意味する〔芦部1998:274〕。この点、通説・判例は、私企業の形態を取っているマスコミに対する具体的な反論権を憲法21条1項から直接導き出すことは不可能で、それが具体的権利となる為には、特別の法律（反論権法と呼ばれることが多い）が制定されなければならず、しかも、この法律が報道機関の編集の自由を侵害せず、また、批判的記事を差し控える萎縮の効果を及ぼさないような内容のものとなり得るかは問題であるとして、慎重な態度を取る。しかし、自由権の基底をなす基本原理に重大な歪みが生じており、それを放置すれば自由権の実効的な機能が阻害される場合には、その歪みを是正するのに必要な限度で、例外的に社会的統制ないしは国家的規制が肯定さ

れうるのである〔大須賀1984:28-30〕⁽¹⁸⁾。

そこで、筆者は、マスコミがもたらす社会的弊害を除去する為の一方法、いわばマスコミ規制の一手段として、反論権（その中心は反論文掲載・放送請求権）を法的権利と解して積極的に活用することを提唱したい。具体的には、一定規模以上の購読者数や視聴者数を有する巨大マスコミによって、自己の氏名を明示した批判的、攻撃的記事を報道された者は、税金による費用負担の下、無料で反論文の掲載または放送を請求する権利（いわゆる広義の反論権）を直接、憲法21条1項を根拠に認められるべきと解する。ある一定規模の権力化した「巨大」マスコミのみを対象とすることによって、表現の自由との衝突は最小限度に抑えられるであろう。この点、該当するマスコミの範囲や反論権に割くべきスペースの割合、掲載または放送の時期等の具体的要件、手続は国会の立法により決定する（いわゆる「反論権法」）⁽¹⁹⁾。よって、その限度では反論権はいわゆる抽象的権利にとどまる。但し、国会の法定した反論権の内容が憲法の趣旨にもとるものである場合には当該立法は憲法21条1項違反となるし、また、国会が立法を怠った場合には憲法21条1項を根拠に立法義務付訴訟を提起し得ると解する。よって、その限度では反論権は具体的権利となる。

〔投稿受理日2008.09.27／掲載決定日2008.11.27〕

注

- (1) 「司法消極主義」・「司法積極主義」という法概念は多義的であり、論者によりかなりニュアンスを異にして使用されているが、本稿では、司法消極主義とは「裁判所は司法判断をするにあたり立法府や行政府（政治部門）の判断をできうる限り尊重すべきであるという立場」、また、司法積極主義とは「裁判所は政治部門の判断を尊重しつつ

- も、司法判断をする場合には、人権保障機能のため、その権限を最大限に行使すべきであるという立場」という意味でそれぞれ使用する [大沢 2008: 757-760]。
- (2) テレビを始めとする放送メディアは、電波を利用することから、特許産業であり、有限性という特性があるとされてきたが、衛星放送による、いわゆる多チャンネル化により、有限性は薄れてきていることに注意が必要である。
- (3) この点、アメリカ連邦通信委員会は、1985 (昭和60) 年の段階で、周波数の希少性はもはや存在せず、公平原則は表現の自由を抑圧しているとの報告書を出し、1987 (昭和62) 年について公平原則の廃止を決定した。その後、公平原則を立法化しようという動きもあったものの、未だ実現していない [Lipschultz 2000: 67-70]。
- (4) この点、アメリカのニューヨーク・タイムズやワシントン・ポストなどの大新聞が、“independent (独立)” の看板を高く掲げ、自由を謳歌しているのを想起すべきである。例えば、アメリカでは、それらの大新聞が選挙になると民主党候補を応援、支持するのは常識視されているという。すなわち、欧米では、独立の看板を掲げる新聞が選挙で特定候補を支持することは、むしろ当然な事として社会的に認知されている [原 1999: 100]。マスコミは、「公平 (公正)・中立」(すなわち公的機関)ではなく、むしろ「自主独立」(すなわち私的機関)の立場にたつべきではなかろうか。
- (5) 例えば、マスメディア集中排除原則は、電波法第7条に基づき、具体的には総務省令 (いわゆる放送局に係る表現の自由享有基準) において定められている。
- (6) 例えば、2000 (平成12) 年制定の新聞倫理綱領では、「正確と公正」という表題の下に、「新聞は歴史の記録者であり、記者の任務は真実の追究である。報道は正確かつ公正でなければならない。記者個人の立場や信条に左右されてはならない。論評は世におもねらず、所信を貫くべきである。」と記されている。
- (7) 放送と通信の融合現象とは、具体的には次の二つの現象からなっている。まず、①“通信の放送化”である。本来、電話という基本的な通信手段は“1対1”の使用が原則であった。しかし、インターネットのホームページの出現により“1対複数”の通信が可能となり、しかもさらに映像の送信まで可能となった。このように通信で放送的なことが可能となったが、これらは放送法には一切、縛られず、野放図とも言える自由を謳歌している。また、②“放送の通信化”である。本来、電波という放送手段は、“不特定多数人”に流れるのが特色であった。そのため、その影響力の絶大さからして、放送法で厳格に規制され、縛られていた。しかし、現在では、ケーブルテレビのように、電波ではなくラインを通して流れる放送が出現している。これはいわば“特定少数人”に対する放送と言える。このように放送で通信的なことが可能となっている。以上のごとく、放送メディアと通信メディアとは、次第に近づき、一体化しているのである。
- (8) 放送と通信の融合という社会現象の下で、両者を上手くコントロールするために、法規制の抜本の見直しが必要とされている。すなわち、通信の分野にも放送法的規制を導入すると共に (通信の規制強化)、放送の分野も一定限度で自由化し (放送の自由化)、両者の垣根を低くすることが模索されている [菅谷 1997: 126-178]。この点、現在、総務相の諮問機関である情報通信審議会が、放送と通信の融合時代に対応する新法「情報通信法」(仮称)の制定を目指し、議論を開始している。
- (9) 具体的には、1993 (平成5) 年7月4日に公示され、同年同月18日に投開票された第40回衆議院議員総選挙のことである。この選挙で自由民主党は第一党ながら、結党以来初めて野党に転落し、非自民連立政権である細川護熙内閣 (日本新党党首) が誕生した。
- (10) 例えば、日本や台湾へのテレビの導入はアメリカの支援の下に強力に推進されたが、それはアメリカの反共産主義世界戦略の重要な一部であったとの指摘もある [有馬 2008: 14]。テレビはその出現の当初から権力の影を背負っていたのである。
- (11) 記者クラブとは、中央官庁や地方自治体、警察署など、ニュースの発信源となる場所に設けられた記者室で特定報道機関の記者のみが独占的に情報提供を受ける制度を言う。情報提供者側にとっては情報操作や隠蔽が容易となる。また、取材者側にとっては簡単に情報が取得できることから、その情報に頼り切りになり易い。そのため、馴れ合い、癒着が生じ、マスコミが官製情報のスポー

- クスマンに墮する危険性が指摘されている。
- (12) 例えば、アメリカにおける司法消極主義としては、カス・サンステインの司法最小主義 (judicial minimalism) が挙げられる。この見解は、司法判断の過誤や混乱惹起の危険性を強調し、裁判所は出来得る限り判断を下すべきではなく、民主政を活性化することにより問題解決を図るべきと主張する [C・Sunstein 1999: 46-56]。
- (13) この点、有賀誠は、「法の支配」とは選挙もされず、政治的責任を負ってもいない機関が、人民の選挙された代表者に対し、その望むように統治できないと告げるものであるが、法は法の仮面を被った司法エリートによる秘かな政治的決定の道具であってはならないとする。そのため、法は、中立的な審級として司法エリートをも拘束し、また、「政治的なもの」の汚染から徹底して浄化されている必要があると主張している [有賀 2007: 279]。
- (14) 「法原理機関性」という用語を使用しているのは、佐藤幸治のみである。しかし、例えば、芦部信喜も、司法が「適正手続の要請等に則った特別の手続」であり、「正しい法の適用を保障する作用」であるとして、司法の「原理」性を主張し、司法のプロセスに着目している [芦部 2007: 320-321]。また、松井茂記も、司法をプロセス法学的に捉える見解を支持している [松井2002: 224]。この点、山本龍彦は、法原理機関説が裁判の「型式」ないし「プロセス」を重視することで、諸問題を克服しようと試みてきたものとして、評価している [山本 2007: 99]。
- (15) ただし、2004 (平成16) 年の行政事件訴訟法の改正で、法律レベルでは、不作為の違法確認訴訟 (行政事件訴訟法37条) や義務付け訴訟 (行政事件訴訟法37条の2) が法定されている [稲葉 2007: 181-185]。また、近時、最高裁で下されたいわゆる在外日本人選挙権剥奪事件最高裁大法院判決 (2005 [平成17] 年9月14日) は、在宅投票制度廃止事件最高裁判決と「異なる趣旨をいうものではない」と断りつつ、国の立法不作為に対する国家賠償法1条1項の規定にもとづく国家賠償請求を肯定する結論を導いている [木村 2006: 23-25]。
- (16) 前述の在外日本人選挙権剥奪事件最高裁大法院判決によって、「憲法上の権利の確認訴訟」が許容されたのであり、訴訟物の前提問題に過ぎなかつ

た憲法上の争点が審判対象となる可能性が開かれたとの理解もある [鶴澤 2006: 283-284]。

- (17) もちろん司法権行使の入口は、広ければ広いほどよいというものではない [松井 2002: 239]。しかし、現状では、門前払いの訴訟却下判決が多過ぎるように思われる。やはり実体審理の機会は十分に保障されるべきである。
- (18) ジェローム・A・バロンは、メディアの自由とメディアの公平とは共存できるし、また反論権の効用は表現の自由を現実のものにする過程やメカニズムを提供することであるとして、アメリカ合衆国憲法修正第1条により反論権が保障されるとした [J. A. Barron 1973: 4]。
- (19) マスコミに対する萎縮の効果を考慮し、法ではなく、press council (報道協議会) のような業界の自主規制機関を設置させることにより、反論権を保障せんとする見解もある [染谷 2007: 115]。確かに傾聴に値する見解ではあるが、その場合であっても、やはり反論権の大枠は法定せざるをえないであろう。

参考文献

- Cass R Sunstein [1999] *One Case At a Time*, Harvard University Press
- Jeremy Harris Lipschultz [2000] *Free Expression in the Age of the Internet*, Westview Press.
- Jorome. A. barron [1973] *Freedom of the Press for Whom?*, Indiana University Press.
- 芦部信喜 [2007] 『憲法 [第四版]』 (岩波書店)
- [1998] 『憲法学Ⅲ人権各論 (1)』 (有斐閣)
- 有賀誠 [2007] 「『法の支配』は可能か? —リベリズムと批判的法学研究の係争の行方」 (『防衛大学校紀要・第94号』防衛大学校)
- 有馬哲夫 [2008] 「かくてテレビは台湾にもたらされた—知られざる日米合作」 (『ソシオサイエンス・第14号』早稲田大学大学院社会科学研究所)
- 稲葉馨 [2007] 『行政法と市民』 (放送大学教育振興会)
- 鶴澤剛 [2006] 「憲法訴訟の新たな可能性」 (『立憲法学・第71号』立憲法学会)
- 榎原猛編 [1996] 『世界のマス・メディア法』 (嵯峨野書院)
- 大沢秀介 [2008] 「違憲立法審査の運用」 (杉原泰雄編『新版・体系憲法辞典』青林書院)

- 大須賀明 [1984] 『生存権論』 (日本評論社)
- 兼子一・竹下守夫 [1978] 『裁判法 (新版)』 (有斐閣)
- 木村将成 [2006] 「憲法の『行為規範』化か—『立法不作為』を認容した最近の裁判例について」 (『法学研究年報・第36号』 日本大学大学院法学研究科)
- 清宮四郎 [1979] 『憲法 I (第三版)』 (有斐閣)
- 駒村圭吾 [2001] 『ジャーナリズムの法理』 (嵯峨野書院)
- 佐藤幸治 [1995] 『憲法』 (青林書院)
- 清水英夫 [1979] 『言論法研究』 (学陽書房)
- 染谷学 [2007] 「反論権再考」 (『社会科学研究・第58巻・第2号』 東京大学社会科学研究所)
- 原寿雄 [1999] 『ジャーナリズムの思想』 (岩波書店)
- 春原昭彦・武市英雄編 [2006] 『ゼミナール日本のマス・メディア』 (日本評論社)
- 松井茂記 [2002] 『日本国憲法 (第二版)』 (有斐閣)
- 保岡裕之 [2002] 『メディアのからくり』 (KKベストセラーズ)
- 山口功二・渡辺武達・岡満男 [2001] 『メディア学の現在』 (世界思想社)
- 山本龍彦 [2007] 「『法原理機関説』の内実についての覚書—リーガル・プロセス理論との距離を中心に」 (『桐蔭法学第14号第1号』 桐蔭法学会)
- 行政事件裁判例集 5巻11号2643頁 (東京地裁昭和29年11月10日判決について)
- 最高裁民事判例集 6巻9号783頁 (警察予備隊違憲訴訟最高裁大法廷判決について)
- 最高裁刑事判例集 23巻11号1490頁 (博多駅テレビ・フィルム提出命令事件について)
- 最高裁民事判例集 30巻3号223頁 (議員定数不均衡訴訟最高裁大法廷判決について)
- 最高裁民事判例集 35巻3号443頁 (創価学会「板まんだら」事件最高裁判決について)
- 最高裁民事判例集 39巻7号1512頁 (在宅投票制度廃止事件最高裁判決について)
- 最高裁民事判例集 41巻3号490頁 (サンケイ新聞事件最高裁判決について)
- 最高裁民事判例集 59巻7号2087頁 (在外日本人選挙権剥奪事件最高裁大法廷判決について)